

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/123407> since

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. VIII - Num. 1 - Gennaio-Giugno 1996

Estratto

ATENEIO ROMANO DELLA SANTA CROCE

GIUFFRÈ EDITORE

ILARIA ZUANAZZI

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA CANONICA

1. Significato del principio di legalità nella funzione amministrativa. — 2. Valore del principio nell'ordinamento della Chiesa. — 3. Legalità e discrezionalità. — 4. Giustizia e grazia.

1. *Significato del principio di legalità nella funzione amministrativa.*

Il richiamo del principio di legalità nell'ordinamento della Chiesa suscita complesse problematiche, riconducibili alla questione di fondo della intrinseca incompatibilità alla costrizione in rigide regole di conformità formale che caratterizza il sistema di diritto ecclesiale e lo rende costantemente vivo e dinamico, in continuo superamento dei propri contenuti normativi, allo scopo di tendere attraverso il perfezionamento dell'esperienza giuridica alla realizzazione nella storia del disegno di salvezza di Dio per l'uomo ⁽¹⁾. A maggior ragione sfugge a predeterminazioni legali troppo rigorose la funzione amministrativa, che viene adibita allo svolgimento di compiti multiformi ed eterogenei, in ogni campo della missione pastorale, ed è ordinata a provvedere direttamente alla cura degli interessi della comunità. La realizzazione di queste finalità richiede per sua natura un necessario margine di discrezionalità, che consente di adeguare nel caso concreto le disposizioni generali e astratte alle molteplici condizioni della società e ai diversi bisogni delle persone ⁽²⁾.

(1) Il carattere di incessante perfezionamento del sistema giuridico ecclesiale, tramite l'auto-superamento dei contenuti normativi, viene esaminato particolarmente da S. BERLINGÒ, *La tipicità dell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, I (1989), 95-153; ID., *Diritto canonico*, Torino, 1995, 60-69; G. LO CASTRO, *Il problema costituzionale e l'idea del diritto*, Introduzione a J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano, 1989, LII-LIII.

(2) Per approfondimenti circa la natura e le qualità dell'azione amministrativa in generale, si rinvia, per il diritto statuale, a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto*

Ciononostante, il ricorso al principio di legalità, come strumento di disciplina giuridica del *munus administrandi*, esprime una significativa evoluzione nel modo di considerare l'esercizio dell'autorità, in quanto segna il passaggio dall'idea soggettiva e paternalistica di potestà, assoluta ed illimitata nei contenuti, all'idea oggettiva e garantistica di funzione, condizionata al rispetto di determinati valori. Tale nozione sottolinea l'aspetto teleologico e deontologico delle mansioni pubbliche, quale complesso qualificato di istituzioni, attività e posizioni giuridiche preposte e coordinate ad attuare i fini prestabiliti dall'ordinamento⁽²⁾. Il vincolo della funzione all'osservanza dei principi di giustizia impone anche il riconoscimento delle situazioni giuridiche che i fedeli possiedono nei confronti dei pubblici poteri, secondo il diritto naturale o positivo, e conduce di conseguenza ad un cambiamento nell'impostazione dei rapporti tra governanti e governati, non più nel senso unilaterale di dominio — soggezione, ma in quello bilaterale di diritto — dovere, con responsabilità e aspettative reciprocamente esigibili⁽⁴⁾.

amministrativo, I, Napoli 1982¹³, 513-536; E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I (1987), 521-531; F. SATTA, *Atto amministrativo (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Giuridica*, IV (1988); G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIV (1989); M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993³, 218-297; per il diritto canonico, a F. ROMITA, *I fondamenti teologico-giuridici dell'amministrazione ecclesiastica*, in *Monitor ecclesiasticus*, XCIX (1974), 3-50; P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*, edizione italiana curata da G. LO CASTRO, Milano, 1985, 214-226; S. GHERRO, *Diritto amministrativo canonico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V (1990), 200-205; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, traduzione italiana a cura di L. GRAZIANO e L. DEL GIUDICE, Milano, 1994, in specie 129-139 e 363-425; S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 148-157; F. D'OSTILIO, *Il diritto amministrativo della Chiesa*, Città del Vaticano, 1995; I. ZUANAZZI, *Contributo all'individuazione di una struttura deontica della funzione amministrativa a servizio della comunione ecclesiale*, in AA.Vv., *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, Città del Vaticano, 1994, 238-254.

⁽²⁾ Sul concetto di funzione, si vedano G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII (1961), 686-687; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVIII (1969), 301-313; F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIV (1989). Sul cambiamento di prospettiva nella considerazione dei ministeri pubblici, si confronti anche U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Il Foro Italiano*, (1984), V, 205-220.

⁽⁴⁾ Dall'esame dei *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant* si evidenzia la stretta correlazione esistente tra il riconoscimento di veri diritti soggettivi dei fedeli e la necessità di regolare in modo non arbitrario l'esercizio della potestà di giurisdizione nella Chiesa (*Communicationes*, I (1969), 82, n. 6). Per un'analisi puntuale dei criteri ispiratori della riforma si rinvia a J. HERRANZ, *Il principio di legalità nell'esercizio della potestà di governo*, in *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Milano, 1990, 113-139.

La previsione espressa del principio di legalità nel nuovo Codice di diritto canonico si trova appunto inserita nel quadro della generale rielaborazione degli istituti di diritto amministrativo, per migliorarli secondo criteri di maggiore razionalità e certezza, tramite l'applicazione di alcune tecniche di organizzazione tratte dalla moderna teoria dello Stato di diritto. Pur senza aderire ai postulati ideologici di questo regime, ne sono stati utilizzati gli espedienti formali, tra loro intimamente correlati, per assicurare l'ordine nell'amministrazione, vale a dire la tripartizione concettuale della *potestas regiminis*, la gerarchia delle fonti di diritto, la subordinazione dell'attività esecutiva alle norme di legge, sia circa i contenuti prescrittivi, sia le procedure rituali, l'azionabilità delle pretese soggettive contro i provvedimenti di governo⁽⁵⁾. Il principio di legalità, dunque, come gli altri meccanismi, riveste il ruolo di uno strumento di garanzia, diretto a realizzare una duplice finalità: da un lato, stabilire un regolamento sicuro della funzione amministrativa, per evitarne un uso arbitrario da parte della gerarchia; dall'altro, consentire una protezione efficace delle situazioni giuridiche dei fedeli, mediante il sindacato sul comportamento dell'autorità e la possibilità di intervenire per tutelare gli interessi in esso coinvolti, con diversi rimedi di carattere pacifico o contenzioso, preventivo o successivo⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ La possibilità e l'opportunità di applicare le garanzie dello Stato di diritto al regime giuridico dell'amministrazione ecclesiale, sono affermate da J.A. SOUTO, *La función de gobierno*, in *Ius Canonicum*, XI (1971), 180-215; M. LOPEZ ALARCÓN, *Jerarquía y control administrativo*, *ivi*, 245-286; J.M. RIBAS, *La jerarquía de fuentes en el ordenamiento canónico*, in *Ius Canonicum*, XIII (1973), 287-325; J. HERRANZ, *La triplice articolazione della potestà di governo nella Chiesa*, in *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, cit., 141-169; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., 161-226.

I limiti intrinseci a questa estensione, per la diversità di presupposti ideologici tra l'ordinamento canonico e quello dello Stato, vengono sottolineati da M. MAZZOTTI, *Riflessioni di un costituzionalista sulla «Lex Ecclesiae Fundamental»*, in *Ephemerides iuris canonici*, XXXVIII (1982), 36-61.

⁽⁶⁾ Tra i numerosi contributi sul sistema di giustizia amministrativa della Chiesa, in generale, si possono ricordare: R. BERTOLINO, *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo Codice di diritto canonico*, Torino, 1983, 53-80 e 150-157; Z. GROCHOLEWSKI, *Atti e ricorsi amministrativi*, in *Apollinaris*, LVII (1984), 259-279; AA.Vv., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano, 1991; AA.Vv., *La tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto canonico, civile amministrativo*, Milano, 1991; Z. GROCHOLEWSKI, *La giustizia amministrativa presso la Segnatura Apostolica*, in *Ius Ecclesiae*, IV (1992), 3-22; P. HAYWARD, *Administrative justice according to the Apostolic Constitution «Pastor Bonus»*, Roma, 1993; P. MONE-

Il requisito di legalità, come svolgimento corretto del potere, risulta così strettamente connesso al presupposto di legittimità del titolo di investitura⁽⁷⁾, dato che l'abilitazione all'esercizio della funzione da parte dell'autorità viene ad essere giustificata dall'essenziale corrispondenza di quanto disposto ai valori riconosciuti dalla società e dall'ordinamento. In questa prospettiva, la sottomissione dell'attività amministrativa a parametri superiori di validità risponde ad un'istanza assiologica sempre costante nell'esperienza giuridica, in base alla quale si esige la « *rationabilitas* » delle disposizioni dell'autorità, siccome rapporto di conformità sostanziale tra quanto stabilito e i principi intrinseci di giustizia che attengono al bene delle persone e dell'intera comunità nella concretezza delle composite relazioni sociali⁽⁸⁾. Tale congruenza ai fini della funzione è ciò che legittima, sotto il profilo della retta argomentazione logica e giuridica, l'emana-zione di un particolare provvedimento⁽⁹⁾. In definitiva, si tratta di un appello alla moralità degli atti di governo, intesa come bontà oggettiva, di contro agli abusi e alle prevaricazioni soggettive di chi gestisce il potere.

I sistemi per dare rilevanza giuridica a questo ideale di giustizia variano peraltro a seconda delle diverse concezioni del diritto e, di

TA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna, 1993, 200-215; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., 435-558; Z. GROCHOLEWSKI, *La tutela dei diritti dei fedeli e la composizione stragiudiziale delle controversie*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, VIII (1995), 273-286; G.P. MONTINI, *Modalità procedurali e processuali per la difesa dei diritti dei fedeli. Il ricorso gerarchico. Il ricorso alla Segnatura Apostolica*, ivi, 287-320.

(7) Sul rapporto tra legalità e legittimità, si vedano G. LOMBARDI, *Legalità e legittimità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX (1963), 577 ss.; N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario di Politica*, diretto da N. BOBBIO - N. MATTEUCCI - G. PASQUINO, Torino, 1976, 19 ss.; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVIII (1990), 1-2.

(8) Per uno studio dettagliato della tradizione canonica si rinvia a V. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium nel pensiero dei Glossatori*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, s.III, XI-XII (1957-1958), vol. IX, 271-350; S. BERLINGÒ, *La causa pastorale della dispensa*, Milano, 1978.

(9) L'elemento strutturale che rivela questa corrispondenza teleologica tra il contenuto del dispositivo e l'assetto di interessi predeterminato dall'ordinamento è la causa dell'atto amministrativo, intesa come « rapporto di relazione » tra lo scopo concreto perseguito ed il fine tipico previsto dalla legge. Per un esame approfondito si rinvia a O. GIACCHI, *La causa degli atti amministrativi canonici*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, IV Milano, 1940, 260-263; E. GRAZIANI, *La « causa » del provvedimento canonico come limite agli effetti civili di esso*, in *Il diritto ecclesiastico*, LXVII (1975), 32-45; S. GHERRO, *Diritto amministrativo canonico*, cit., 204.

conseguenza, dell'attività volta a darne esecuzione⁽¹⁰⁾. La tesi che afferma come necessario un fondamento ontologico del diritto, considera valida ed obbligatoria solo la norma che coincide o non contrasta con l'ordine naturale della realtà, che rispecchia la verità della persona. Tutti gli atti autoritativi, impositivi di regole o di comportamenti, devono pertanto trarre una legittimazione intrinseca dal contenuto delle proprie decisioni.

Per la tesi invece che sostiene una genesi volontaristica del diritto, la norma è valida come comando riconducibile formalmente all'organo detentore di potestà nell'ordinamento. Gli atti autoritativi ricevono quindi una legittimazione estrinseca, che prescinde dalla sostanza del dispositivo e deriva piuttosto dalla corrispondenza esteriore ai requisiti giuridici che disciplinano la competenza e le procedure per emanarli.

A quest'ultima visione si ricollega il principio di legalità elaborato nel secolo scorso nell'ambito degli Stati dell'Europa continentale, con ordinamento c.d. di diritto amministrativo⁽¹¹⁾. In aderenza al criterio garantistico dello Stato di diritto, che vuole i poteri pubblici sottomessi a regole positive, si definisce la misura di ordine dell'amministrazione nell'indispensabile subordinazione al potere di legislazione in via generale ed astratta, svolto dalle apposite istituzioni rappresentative della sovranità popolare⁽¹²⁾. In tal modo viene osservato il sistema democratico nella scelta degli indirizzi di governo e, nel

(10) G. FASSÒ, *Legge (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII (1973), 783-794; E. DI ROBILANT, *Diritto naturale e diritto positivo*, in *Enciclopedia Filosofica*, II (1979), 994-998; S. COTTA, *Diritto naturale: ideale o vigente?*, in *Rivista di diritto civile*, (1989), 641-655; ID., *Diritto e morale*, in *Ius Ecclesiae*, II (1990), 419-432; G. LO CASTRO, *L'uomo e la norma*, in AA.VV., *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, a cura di S. GHERRO, Padova, 1993, 37-72.

(11) Sulle distinzioni e le convergenze tra i sistemi giuridici « a diritto amministrativo speciale », sorti intorno al secolo scorso nei paesi dell'Europa continentale, e quelli « a normazione comune », vigenti nei paesi di area culturale anglo-americana, si vedano E. CASETTA, *Diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V (1990), 191-199; M. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V (1990), 206-216; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 15-31.

(12) S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII (1973), 659-703; F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 44-63; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVIII (1990); G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 20-56; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 87-89; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX (1994), 84-96.

contempo, si assicura la parità di trattamento dei cittadini unitamente con la certezza e la prevedibilità degli atti amministrativi, per la necessaria rispondenza a norme di azione e di relazione stabilite in forma preventiva per fattispecie tipiche.

Il rapporto di dipendenza dalla legge vale a delimitare la discrezionalità amministrativa e a rendere possibile il sindacato sulle modalità concrete di esercizio⁽¹³⁾. Tuttavia possono essere previsti diversi tipi di concordanza, secondo una scala crescente di intensità⁽¹⁴⁾. L'espressione minima richiede la mera non contraddittorietà dell'operato amministrativo con i vincoli prestabiliti dalla legge, così da lasciare la pubblica autorità libera di agire e di disporre ove non sussista alcuna incompatibilità con l'ordinamento, in quanto non sia previsto un qualsiasi divieto, anche desumibile in maniera implicita⁽¹⁵⁾. Una formulazione più rigorosa, invece, impone non più la sola conciliabilità in senso negativo, ma altresì un fondamento positivo di tutta l'attività nella legge, in modo tale che l'amministrazione non possa compiere alcun atto che non sia stato previamente ed esplicitamente permesso e disciplinato dalla fonte superiore⁽¹⁶⁾. Tale predeterminazione legale può riguardare la semplice attribuzione di competenza formale e la prescrizione della procedura da seguire, oppure estendersi a definire lo stesso contenuto materiale del provvedimento, in termini esclusivamente generici o persino con disposizioni dettagliate⁽¹⁷⁾.

(13) Il principio di legalità fissa, in definitiva, una relazione di confronto tra la norma che disciplina e l'atto dalla stessa regolato, « tra ciò da cui dipende e su cui si misura la "legalità" stessa di un certo fenomeno giuridico da un lato, ed il fenomeno giuridico oggetto di valutazione in ordine alla sua "legalità" dall'altro » (S. FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., 666).

(14) Le diverse formulazioni del principio di legalità indicano la successione logica, oltre che cronologica, delle regole che presiedono i rapporti tra fonti gerarchicamente superiori. Dal primato formale della legge rispetto alle espressioni del potere esecutivo, al necessario fondamento positivo nelle norme superiori di ogni atto amministrativo, all'estensione costituzionale al legislatore dell'obbligo di disciplinare puntualmente l'attività dell'amministrazione.

(15) Secondo la visione sottostante a questa regola, l'amministrazione risulta titolare in proprio di poteri originari per la cura degli interessi pubblici, che possono essere circoscritti solo marginalmente dall'esterno, da leggi limitative.

(16) In base a questa concezione, la competenza dell'amministrazione è integralmente subordinata alle disposizioni legislative. A differenza dell'agire dei privati, in cui vale il principio di libera autonomia, nei pubblici poteri si afferma il principio di tipicità e nominatività degli atti.

(17) Si parla in questo caso di conformità in senso stretto, che attiene al profilo formale, se concerne la sola competenza, i requisiti esteriori e la procedura, ovvero

L'esperienza degli ordinamenti statuali contemporanei ha dimostrato come sia difficile attuare il principio di legalità nella più rigida versione di conformità materiale, data l'incapacità della legge di prevedere tutti i molteplici casi che si possono presentare nella pratica. D'altro canto, una normativa preventiva troppo articolata e puntuale non sarebbe neppure opportuna, in quanto appare indispensabile lasciare all'amministrazione un certo grado di autonomia per adeguare il contenuto dell'atto alle circostanze della vita reale⁽¹⁸⁾. Simile restrizione dell'attività amministrativa resta perciò confinata in ipotesi eccezionali, in particolare nel campo delle competenze che incidono sulle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini, e per le quali sono previste a livello costituzionale le c.d. riserve di legge, relative o assolute⁽¹⁹⁾.

Peraltro, pure l'espressione del principio in senso formale si rivela attualmente in crisi, a causa della trasformazione del rapporto atto esecutivo — legge, rispetto al modello teorico prospettato in origine (posto che sia mai stato pienamente realizzato)⁽²⁰⁾. A seguito della crescente specializzazione della legislazione, volta a predisporre trattamenti *ad hoc* per i diversi gruppi e settori sociali, da un lato, unitamente all'incremento dell'attività di regolamentazione generale svolta dalle autorità amministrative, dall'altro, si è andata attenuando la distinzione tra il disporre in astratto, proprio della legge, e il provvedere in concreto, proprio dell'amministrazione.

appartiene al profilo materiale, se riguarda anche l'oggetto sostanziale. È importante sottolineare come il grado più intenso di corrispondenza legale imposto all'atto amministrativo, non dipende dal principio di legalità in se stesso, ma dalle concrete disposizioni dell'ordinamento positivo, che vincolano in modo più o meno penetrante la discrezionalità amministrativa. Sul punto si veda R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 87.

(18) L'irrealizzabilità del principio di legalità nella concezione più rigorosa viene affermata da F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, cit., 46-48; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 88.

(19) Viene tuttavia evidenziata la necessità di tenere distinti il principio di legalità e l'istituto della riserva di legge (L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., 7; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 96). L'uno infatti costituisce un assioma di portata generale nei rapporti tra fonti di diritto, l'altro invece rappresenta un rafforzamento ulteriore e straordinario dei vincoli imposti sia al potere legislativo, sia a quello amministrativo, nel disporre su determinate materie, che deve essere indicato in forma rigida dalla costituzione.

(20) Sulla evoluzione del modo di intendere la subordinazione gerarchica dell'attività amministrativa alla legge, nell'attuale stato costituzionale di diritto, si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 39-47.

Inoltre, la continua espansione dei compiti affidati all'amministrazione con la conseguente assunzione da parte sua di poteri autonomi di gestione diretta degli interessi pubblici, anche al di fuori di un esplicito conferimento, ha provocato l'indebolimento del vincolo di subordinazione ad una statuizione legislativa previa.

Ma la ragione della inadeguatezza del principio di legalità va ricercata più a fondo, proprio nell'ambiguità del suo essere un criterio meramente formale, che sancisce soltanto un ordine gradualistico di forza tra le fonti di diritto, senza precisare quali modelli deontologici debbano rispettare. Il legislatore può quindi delimitare a piacimento la discrezionalità della funzione amministrativa, secondo regole sempre meno penetranti, fino all'eventualità di delegare « in bianco » il potere di disciplinare intere materie, e addirittura talvolta conferendo la capacità di derogare a precedenti norme di legge ⁽²¹⁾. L'atto amministrativo sarebbe comunque legittimo, in quanto troverebbe sempre fondamento positivo nella legge. La mancanza tuttavia di definiti principi ed indirizzi sostanziali fissati dal legislatore, cui i provvedimenti esecutivi devono attenersi, fa sì che non sussistano neppure i parametri obiettivi per controllare in sede giurisdizionale la correttezza dell'operato dell'amministrazione, che diventerebbe in sostanza insindacabile ⁽²²⁾.

Nella prospettiva eminentemente formale, quindi, il principio di legalità si riduce ad un significato puramente descrittivo, che ripete gli orientamenti positivamente stabiliti dall'ordinamento circa il grado di conformità alle norme superiori imposto all'attività amministrativa. La corrispondenza alla legge finisce così per riguardare i requisiti estrinseci di esistenza degli atti, l'essere come atto giuridica-

⁽²¹⁾ Sulle problematiche connesse ai regolamenti « indipendenti » e « delegati », si rinvia a S. FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., 700-702; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., 6; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 94.

⁽²²⁾ Se la legge ha conferito un potere dispositivo all'amministrazione, senza vincolarla all'osservanza di determinati requisiti procedurali o sostanziali, non si può configurare alcun contrasto tra le norme così imprecise e l'atto emanato in base ad esse e, di conseguenza, risulta anche inutile istituire un effettivo sindacato giurisdizionale su provvedimenti incondizionatamente validi. A maggior ragione sfugge a qualsiasi verifica di legalità l'attribuzione di un potere regolamentare non solo non previamente limitato, ma abilitato anche a dettare disposizioni in contrasto alla normativa vigente: « ... la legalità intesa in senso puramente formale finisce per vanificare totalmente le istanze che per suo mezzo debbono venire soddisfatte. Una legge che conferisca poteri in bianco nullifica sia l'istanza garantista che quella democratica » (L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., 3).

mente rilevante, non il *dover essere* rispetto a determinati ideali di giustizia ⁽²³⁾.

Un'integrazione dell'originaria formula di soggezione al diritto dei pubblici poteri è stata possibile in base al regime dello Stato costituzionale, tramite la previsione da parte della Carta fondamentale del vincolo del legislatore ordinario di predisporre una regolazione compiuta delle competenze attribuite all'amministrazione, idonea a circoscrivere sufficientemente il margine di discrezionalità ⁽²⁴⁾. Tale regola sulla legislazione, che viene denominata principio di legalità sostanziale, costituirebbe una condizione di efficace operatività del criterio di legalità in senso formale, sotto il profilo sia dell'effettiva soggezione dell'atto amministrativo ad una previa regolamentazione normativa, sia della concreta esperibilità dei controlli giurisdizionali ⁽²⁵⁾. Nondimeno, se pure tale massima sia contemplata nella Costituzione, si tratterebbe comunque di una norma sulla produzione, che regola i rapporti gerarchici tra le due fonti di diritto, ma non specifica quali elementi di giustizia materiale devono essere tenuti presenti sia dal legislatore sia dall'amministratore nella cura degli interessi della comunità.

Il problema assiologico, relativo all'ordine di valori che presiede alla giustizia nei rapporti pubblici, trascende il principio di legalità e deve essere meglio impostato alla luce di altri principi essenziali contenuti nella Costituzione o in altri superiori parametri normativi. La consapevolezza dell'insufficienza della pura soggezione alla legge ha

⁽²³⁾ La certezza del diritto e la legalità sono « non solo più ma anche meno di un valore. Ci assicurano che il diritto ci sia e agisca, ma non ci assicurano che quel diritto sia in grado di render ragione in modo non formale dei suoi contenuti normativi e abbia quindi valore, sia giusto » (S. COTTA, *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*, in *Rivista di diritto civile*, XXXIX (1993), I, 325).

⁽²⁴⁾ Con questa formulazione del principio di legalità, applicabile solo nelle costituzioni formali e rigide, viene esteso allo stesso legislatore il limite di validità delle disposizioni attributive di poteri alla pubblica amministrazione, sindacabile in sede di giudizio costituzionale.

⁽²⁵⁾ Pur mancando nella Costituzione italiana una esplicita enunciazione del principio di legalità sostanziale, parte della dottrina ritiene che si possa egualmente affermare in base ad indici rivelatori o enunciazioni applicative che presuppongono il sistema dello Stato di diritto e resterebbero altrimenti vanificate da una enunciazione del principio in modo solo formale (L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., 4-7; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 89-90). Sono critici, invece, circa la configurabilità del principio di legalità in senso sostanziale, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, cit., 662-663 e F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, cit., 49-52.

indotto la prassi amministrativa e soprattutto la giurisprudenza statale, in sede di sindacato giurisdizionale, ad individuare altre regole giuridiche di buona amministrazione, tratte sia dagli assiomi costituzionali di uguaglianza ed imparzialità, sia da fattori sociali e di costume, sia da criteri generali di ragionevolezza⁽²⁶⁾. Tutti questi elementi, sebbene non si trovino espressamente codificati, si ritiene nondimeno che siano effettivamente vigenti nell'ordinamento, e ad essi farebbero implicito rinvio le norme di legge⁽²⁷⁾.

Questa tendenza a considerare in prospettiva più estesa ed oggettiva il principio di legalità avvicina l'esperienza degli Stati di diritto amministrativo al concetto di *Rule of Law* elaborato nei sistemi anglo-americani⁽²⁸⁾. Nei paesi di *common law*, la legge in senso tecnico, come diritto scritto promulgato per volontà del Parlamento (*statute law*), si sovrappone e si combina con altre fonti autonome di

⁽²⁶⁾ Nell'esperimento concreto del controllo sull'attività amministrativa, il giudice si è trovato di fronte la mancanza di norme positive idonee a delimitare la libertà discrezionale dell'amministrazione, non solo dall'esterno ma anche dall'interno, e per questo ha svolto un'opera di mediazione tra le disposizioni di legge e le esigenze sostanziali di imparzialità e giustizia presenti nella realtà politico-sociale che l'ha condotto a superare una visione stretta del principio di legalità e ad individuare nel concreto della singola fattispecie altri criteri pratici e principi direttivi più rigorosi ed incisivi, traendoli da varie fonti: sia dall'ordinamento giuridico, sia dalle altre scienze, sia dalla diffusa coscienza sociale, sia dagli assiomi di retta argomentazione logica: « buona fede, lealtà, regole delle scienze morali, sociali di buona amministrazione, di correttezza amministrativa, sintonizzazione con l'indirizzo politico-sociale » (C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, Milano, 1994, 47). Sul tema si veda pure quanto esposto infra al § 3 in merito alla discrezionalità amministrativa e al giudizio sull'eccesso di potere.

⁽²⁷⁾ Queste massime vengono considerate dalla dottrina vuoi come oggetto di rinvio formale da parte della normativa (C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V (1960), 1105), vuoi piuttosto come un postulato, presupposto ma non determinato dalla legge, connesso al principio-base che richiede l'ordine nella funzione amministrativa e un necessario limite all'esercizio della stessa discrezionalità (A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII (1964), 84-85; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, cit., 48; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX (1994), 414).

⁽²⁸⁾ L. MOCCIA, *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XLII (1988), 897-912; S.L. PAULSON, *Teorie giuridiche e Rule of Law*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1992, 251-274; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 26-29.

diritto non scritto, vale a dire la tradizione storica, le consuetudini, i principi di diritto naturale e di logica comune, delle quali si rende mediatrice e garante la giurisprudenza con le proprie decisioni nei casi singoli (*case law*)⁽²⁹⁾. In questo contesto, la subordinazione dell'autorità al diritto assume il significato di sostenere il primato della ragione oggettiva sulla volontà soggettiva, che si traduce nell'imposizione di un ideale superiore di giustizia sostanziale, non desunto astrattamente dalla lettera della legge, ma indotto concretamente dalla memoria storica e dall'esperienza sociale, economica, politica ed etica. Il *Rule of Law* si configura così come uno strumento oltre che di legalità, pure di legittimità del potere, sia legislativo che amministrativo, in quanto risulti conforme ad un intrinseco ordine giuridico che cerca di temperare i bisogni e gli interessi della comunità con il rispetto delle regole tecniche del gioco⁽³⁰⁾.

2. Valore del principio nell'ordinamento della Chiesa.

L'esame dei vari modi di comprensione e di attuazione del principio di legalità negli Stati appare una premessa necessaria per valutare la funzionalità nell'ordinamento della Chiesa di questo istituto, che nell'applicazione specifica alla funzione amministrativa non è originario della tradizione canonistica, ma è stato recepito dalla scienza giuridica secolare⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Sul fondamento indipendente delle fonti di *common law* rispetto alle leggi dello Stato e sull'opinione dottrinale sempre più accreditata che propende per il ruolo sostanzialmente creativo della giurisprudenza (*judicial law-making*) a differenza della tesi tradizionale che ne sosteneva la natura meramente dichiarativa, si veda L. MOCCIA, *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law*, cit., 899-900.

⁽³⁰⁾ L'idea del *Rule of Law* richiama la concezione giusnaturalistica del diritto, come valore di razionalità sovraordinato all'esercizio dell'autorità, che risale alla tradizione giuridica occidentale costituita dal diritto canonico e dal *ius commune*, e che è stata soppiantata nella moderna formulazione dello Stato di diritto dai dettami del positivismo giuridico. Per ulteriori considerazioni sul punto, si rinvia a L. MOCCIA, *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law*, cit., 908-910. Appare significativo, in questa prospettiva, la considerazione che non si possa « spiegare o difendere il *Rule of Law* senza alcun appello alla sua dimensione morale » (S.L. PAULSON, *Teorie giuridiche e Rule of Law*, cit., 273).

⁽³¹⁾ La stessa tripartizione delle funzioni di giurisdizione, da cui deriva la costruzione di un regime giuridico distinto dell'amministrazione, venne introdotta nella Chiesa sull'esempio degli ordinamenti statuali. Il primo documento che adottò formalmente lo schema tricotomico fu l'enciclica *Quas Primas* di Pio XI dell'11 dicembre 1925 (A.A.S., XVII (1925), 599).

Diverse sono le formulazioni del principio di legalità rinvenibili nella normativa canonica. L'affermazione esplicita di questa regola in senso stretto, come subordinazione dell'attività amministrativa alla legge e alle fonti di diritto ad essa equiparate, si trovava nel can. 74, § 1 della *Lex Ecclesiae Fundamentalis* e viene ripresa nel Codice di diritto canonico latino nei canoni 33, § 1 (decreti generali esecutivi), 34, § 2 (istruzioni) e 38 (atti amministrativi singolari) e nel Codice dei canoni delle Chiese orientali nel canone 1515 (atti amministrativi singolari). Una enunciazione più ampia, invece, equivalente alla sottomissione al diritto come ordine superiore di giustizia, è contenuta nell'art. 15 della Costituzione apostolica *Pastor Bonus*, nell'art. 18 del Regolamento generale della Curia Romana, e nel Codice dei canoni delle Chiese orientali nel can. 1519 (procedura per i decreti stragiudiziali). Invero, una concezione non rigorosamente tecnica del principio di legalità sembra la più compatibile con la struttura essenzialmente dinamica del sistema ecclesiale, come si può dedurre dagli stessi principi generali enunciati nel Codice di diritto canonico latino nei canoni 1752, sul primato della legge di salvezza delle anime, e 19, sul valore suppletivo dell'applicazione del diritto secondo equità da parte della prassi amministrativa, criterio questo da mantenere costantemente, non solo nelle ipotesi di lacuna legislativa⁽³²⁾.

Le difficoltà ad una vigenza piena in senso formale del principio di legalità derivano non solo dai limiti intrinseci dell'istituto, ma altresì dalle caratteristiche peculiari del sistema ecclesiale che rendono impossibile la realizzazione compiuta degli espedienti relativi alla disciplina delle funzioni di governo che secondo la dottrina dello Stato di diritto ne costituiscono i necessari presupposti. In sintesi si può rilevare come per la concentrazione nelle autorità di vertice delle triplici espressioni della *potestas regiminis*, l'organizzazione delle funzioni di governo non dà origine ad articolazioni autonome, ma configura al contrario un apparato unitario, indifferenziato alla fonte⁽³³⁾. Di conseguenza, non si può teorizzare nella Chiesa una completa separazione soggettivo-formale delle tradizionali attribuzioni di giurisdizione, pur concettualmente distinte in base

⁽³²⁾ Sul valore generale del principio di equità si veda S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 142-143.

⁽³³⁾ CONCILIO VATICANO II, Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, nn. 19-24; CIC cann. 331, 333 e 391, § 1.

all'elemento sostantivo-materiale⁽³⁴⁾. A livello decentrato, poi, la ripartizione dei compiti tra uffici vicari sembra corrispondere al criterio pratico di designare collaboratori abituali, piuttosto che di attuare l'istanza garantistica di una rigorosa divisione di poteri tra centri operativi indipendenti⁽³⁵⁾.

La strutturazione unitaria delle funzioni comporta l'esistenza contemporanea di due scale gradualistiche delle fonti di diritto: l'una oggettiva, fondata sulla forza giuridica degli atti di produzione, l'altra soggettiva, basata sulla qualifica gerarchica dell'organo competente⁽³⁶⁾. Gli eventuali conflitti di potere, quindi, vengono composti non soltanto secondo il criterio formale dell'efficacia dell'atto, ma in rapporto alla complessiva posizione personale dell'autorità che l'ha emanato.

La medesima concentrazione dei poteri determina altresì l'inesistenza di ambiti di competenza riservati a determinate funzioni e di

⁽³⁴⁾ Sostengono la differenza oggettiva delle funzioni di governo, nonostante l'unità organica dei poteri: K. MÖRS DORF, *De relationibus inter potestatem administrativam et iudicalem in iure canonico*, in *Questioni attuali di diritto canonico. Analecta Gregoriana*, LXIX, Roma, 1955, 399-418; P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità amministrativa nell'ordinamento canonico*, I, *Profili di diritto sostanziale*, Milano, 1973, 22-26; A. SOUTO, *La función de gobierno*, in *Ius Canonicum*, XI (1971), 180-215; J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., 255; J. HERRANZ, *L'esercizio della potestà di governo nella missione della Chiesa*, in *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, cit., 141-169; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., 129-134.

⁽³⁵⁾ L'organo vicario non ha una competenza separata o esclusiva rispetto all'autorità primaria, ma partecipa in modo derivato alla sua stessa potestà e agisce nel suo nome. Si viene così a delineare un fenomeno di concorso di giurisdizioni, dato che l'ufficio superiore mantiene integre le proprie funzioni nelle materie deferite ai centri subordinati e le può esercitare anche personalmente, trattando direttamente la questione in seguito ad avocazione o sostituzione (cann. 139; 1405, § 1, n. 4; 1417; 1444, § 2), ovvero può riformare, revocare o annullare i provvedimenti di grado inferiore in sede di controllo gerarchico (can. 1737). Sul sistema della vicarietà, si vedano G. DELGADO, *Desconcentración orgánica y potestad vicaria*, Pamplona, 1971; P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*, cit., 159-161; A. VIANA, *Naturaleza canónica de la potestad vicaria de gobierno*, in *Ius Canonicum*, XXVIII (1988), 99-130; Id., *La potestad de los dicasterios de la Curia Romana*, in *Ius Canonicum*, XXX (1990), 84-91; J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., 194, 243-246; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., 107-115; I. ZUANAZZI, *Organi centrali di governo della Chiesa Cattolica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X (1995), 476-477.

⁽³⁶⁾ E. GRAZIANI, *Legge (diritto canonico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII (1973), 1103-1110; J. GAUDEMET, *Réflexions sur le livre I « De normis generalibus » du Code de droit canonique de 1983*, in *Revue de droit canonique*, XXXIV (1984), 93-94; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., 255-257.

forme esclusive di esercizio dell'attività⁽³⁷⁾. Ne consegue la difficoltà di qualificare la natura di un atto sulla base dei soli caratteri esterni, poiché un provvedimento di uno stesso tipo e su un'eguale materia può essere espressione di potestà diverse ed acquisire così un differente valore giuridico⁽³⁸⁾. La catalogazione degli atti amministrativi contenuta nei Codici latino ed orientale ha in definitiva un significato meramente convenzionale e astratto, in quanto si limita a descri-

(37) L'elasticità del regime canonico deriva innanzitutto dallo stesso sistema di collaborazione vicariale che, da un lato, fa conservare all'organo primario la pienezza dei poteri, e, dall'altro, conferisce agli uffici subordinati compiti eterogenei non rigidamente compresi nell'ambito oggettivo di una medesima funzione di giurisdizione. Agli organi amministrativi possono così essere devolute attribuzioni di carattere normativo, per lo più di integrazione ed esplicazione della legge (*Regolamento generale della Curia Romana*, art. 109, §§ 1-2; CIC cann. 31-34), o giudiziario (si vedano ad esempio in campo penale l'art. 52 della Costituzione apostolica *Pastor Bonus*, e i cann. 1319, 1341-1342, 1720 del CIC). I limiti di competenza possono peraltro essere superati mediante l'uso di concedere poteri eccezionali con deleghe *a iure* o *ab homine* (come per la concessione del potere di emanare decreti generali legislativi ex can. 30). Per di più, l'autorità di vertice può confermare in forma specifica un atto dell'inferiore per renderlo proprio, con la natura e l'efficacia dei provvedimenti di sua diretta produzione (*Pastor Bonus*, art. 18; *Regolamento generale della Curia Romana*, art. 109, § 2). Sul tema della *confirmatio* in forma specifica ed il problema di distinguere le competenze tra il Romano Pontefice e i Dicasteri della Curia Romana nell'esercizio dell'attività normativa, si rinvia a T. RINCÓN PEREZ, *Actos normativos de carácter administrativo*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico. Actas del III Congreso internacional de derecho canónico*, I, Pamplona, 1979, 959-976; M.J. CLAUURIZ, *Las disposiciones generales de la administración eclesiástica*, in *Ius Canonicum*, XXIV (1984), 883-902; E. LABANDEIRA, *Clasificación de las normas escritas canónicas*, *ivi*, XXIX (1989), 687-688; A. VIANA, *El Reglamento general de la Curia Romana* (4.II.1992). *Aspectos generales y regulación de las aprobaciones pontificias en forma específica*, *ivi*, XXXII (1992), 508-529.

(38) La scelta dei recenti Codici di inquadrare nella categoria degli atti amministrativi gli istituti del decreto, precetto, rescritto, privilegio e dispensa, ha una rilevanza limitata alle fattispecie in cui siano espressione del potere esecutivo, ma non esclude né sopprime la tradizionale polivalenza di questi strumenti operativi anche per le altre funzioni di giurisdizione, in virtù della costitutiva flessibilità delle fonti canoniche, ontologicamente connessa alla concentrazione unitaria della *potestas regiminis*. In tal senso si esprimono F. URRUTIA, *Decreti, precetti generali ed istruzioni*, in *Ephemerides iuris canonici*, XXXV (1970), 53-70; W. ONCLIN, *De recognitionis normis generalibus Codicis iuris canonici*, in *Communicationes*, III (1971), 87-93; S. GHERRO, *Brevi note sul « privilegio in senso stretto » nella revisione del C.J.C.*, in *Monitor ecclesiasticus*, CV (1980), 288-294; P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*, cit., 217 ss.; A.M. PUNZI NICOLÒ, *Privilegio (diritto canonico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV (1986), 778; A. TALAMANCA, *Rescritto pontificio*, *ivi*, XXXIX (1988), 990.

vere la struttura formale di alcuni istituti e a stabilire che siano sottoposti ad un particolare regime se vengono emessi dalla potestà amministrativa, senza tuttavia escludere che possano essere prodotti da un'altra autorità ed essere così sottratti a tale disciplina⁽³⁹⁾.

Il problema centrale consiste tuttavia nella irrealizzabilità di una rigida subordinazione dell'attività amministrativa alla legge in senso tecnico, data la peculiare costruzione in prospettiva prevalentemente deontologica delle relazioni di efficacia tra le diverse fonti del diritto. Qui, appunto, si misura la differenza di fondo tra l'ordinamento canonico e quello statuale, vale a dire nella differente impostazione del rapporto tra i concetti di conformità legale, di legittimità del potere e di giustizia sostanziale dell'atto. Nello Stato l'organizzazione delle funzioni pubbliche viene disciplinata in un'ottica eminentemente formalistica, per cui il rispetto delle regole e delle garanzie poste dalla legge costituisce l'unico e imprescindibile criterio di legittimità nell'esercizio dell'autorità e di conseguenza della validità delle disposizioni adottate⁽⁴⁰⁾. Nella Chiesa, al contrario, la legittimità dei provvedimenti della gerarchia discende non solo dalla corrispondenza letterale alle norme positive, ma soprattutto dalla congruenza assiologica di quanto deciso con i valori fondamentali che presiedono, secondo il disegno provvidenziale di Dio, al bene della comunità e delle singole persone⁽⁴¹⁾.

La funzione amministrativa non può essere considerata alla stregua di un'attività di esecuzione passiva della legge, ma ha il compito di curare direttamente la promozione degli interessi comunitari, anche in ambiti non precedentemente disciplinati da fonti superiori, con un autonomo potere decisionale. La stessa applicazione delle norme prestabilite dal legislatore ecclesiastico non si limita alla mera osservanza teorica, ma richiede una concretizzazione del comando

(39) Il legislatore può quindi esercitare la propria potestà tramite modelli di atti formalmente uguali, ma con diverso valore giuridico. Si veda, ad esempio, per i decreti generali, il can. 29 del CIC. Per quanto riguarda i privilegi, si rinvia alle osservazioni di S. GHERRO, *Brevi note sul « privilegio in senso stretto » nella revisione del C.J.C.*, cit., 288-294. Per la dispensa si veda anche S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 155.

(40) M. MAZZIOTTI, *Riflessioni di un costituzionalista sulla « Lex Ecclesiae Fundamental »*, cit., 36-61; E. CASETTA, *Attività amministrativa*, cit., 521-531.

(41) G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in *Ephemerides iuris canonici*, V (1949), 9-30; S. BERLINGÒ, *La tipicità dell'ordinamento canonico*, cit., 95-153.

nella situazione reale, tramite un'opera di mediazione tra la fattispecie tipica e le circostanze specifiche, per metterne pienamente a frutto il precetto e garantire davvero la bontà del provvedimento in ordine alla salute spirituale e materiale delle persone ⁽⁴²⁾. Talvolta, la particolarità del caso può richiedere un temperamento del rigore della regola astratta o addirittura una deroga alla statuizione generale, con la emanazione di norme speciali a favore di determinati soggetti, anche senza un'apposita autorizzazione della legge.

Alcune eccezioni al principio di legalità sono già previste nei Codici ⁽⁴³⁾, in merito agli atti amministrativi singolari in genere ⁽⁴⁴⁾, al precetto ⁽⁴⁵⁾, al privilegio ⁽⁴⁶⁾, alla dispensa ⁽⁴⁷⁾ e alle altre grazie ⁽⁴⁸⁾. Peraltro, vale come postulato fondamentale del sistema ecclesiale la necessità di adattare il diritto ai molteplici aspetti dell'esistenza, secondo il principio divino di equità, che richiede la perenne tensione dinamica di ogni espressione giuridica dell'ordinamento a superare i limiti della tecnica normativa per riuscire a provvedere a tutte le possibili esigenze dei fedeli, ed aderire così sempre più perfettamente all'ordine vitale creato dalla sapienza di Dio nel mondo. Di conseguenza, l'amministrazione può pure non attenersi alla rigorosa applicazione del dettato della legge ecclesiastica, che nel caso concreto potrebbe risultare persino dannosa, e disporre invece provvedimenti particolari che si ispirano alla *ratio* intrinseca dell'assetto di interessi stabilito dalla norma, al fine di darle una migliore e più proficua attuazione alla luce di un ideale superiore di giustizia ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴²⁾ « *Relinquatur Pastoribus ac animarum curatoribus congrua discretionalis potestas, qua officia christifidelium statui ac conditionibus singulorum adaequari valeant* » (*Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, n. 3, in *Communicationes*, I (1969), 80).

⁽⁴³⁾ Gli atti *contra legem*, se sono espressione di un autonomo potere dell'amministrazione e non derivano da una delega del legislatore, conservano il valore di atti amministrativi, con il regime loro proprio, pur esplicando una forza giuridica più penetrante, capace di incidere anche sulle norme di rango superiore. Sulla natura amministrativa di queste disposizioni, si veda, per tutti, E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 312-361.

⁽⁴⁴⁾ CIC cann. 36, § 1 e 38; CCEO cann. 1512, § 2 e 1515.

⁽⁴⁵⁾ CIC can. 49; CCEO can. 1510, § 2, n. 2.

⁽⁴⁶⁾ CIC can. 76, § 1; CCEO can. 1531, § 1.

⁽⁴⁷⁾ CIC can. 85; CCEO can. 1536, § 1.

⁽⁴⁸⁾ CIC can. 59, § 1; CCEO can. 1510, § 2, n. 3 che comprende pure le licenze.

⁽⁴⁹⁾ L'eccezione alla norma può considerarsi razionale in quanto corrisponda alle necessità sostanziali delle persone, connesse al fine supremo della *salus animarum*.

Considerate le predette complicazioni, sorge l'interrogativo di quale valore abbia il richiamo al principio di legalità contenuto nei Codici di diritto canonico.

Certamente, come già accennato in premessa, esso sancisce un vincolo di ordine, razionalità e certezza nello svolgimento della funzione amministrativa, in modo da non lasciare all'arbitrio soggettivo dell'autorità l'apprezzamento sulla sua correttezza, ma da sottoporla a regole giuridiche obiettive che ne permettano la costante verifica da parte della comunità. Questa intenzione del legislatore si coglie nella scelta di sistematizzare i diversi modi di esplicazione del *munus administrandi* in fattispecie tipiche e di inquadrare le stesse nella categoria tecnica unitaria di atto amministrativo, di cui vengono definiti gli organi competenti a emanarlo, le procedure da seguire e l'efficacia formale ⁽⁵⁰⁾. Il regime giuridico proprio dell'amministrazione è caratterizzato dal fatto di essere un'attività subordinata all'osservanza dei parametri superiori di giustizia, stabiliti dalle norme prodotte dalle leggi ecclesiastiche e dalle fonti ad esse equiparate, o quanto meno dalla *ratio* di tutela in esse stabilita, dai principi generali del diritto applicati con equità, dalle situazioni giuridiche soggettive acquisite dai fedeli. La sottomissione a questi requisiti obiettivi di validità e rettitudine rende l'operato dell'amministrazione passibile di controlli presso gli organismi competenti, sotto il profilo del merito, in via amministrativa, o solo di legittimità, in via giudiziaria. È evidente come tanto più stretti e precisi sono i criteri direttivi che l'autorità è tenuta a seguire, tanto maggiormente sono protetti i diritti dei singoli, i quali possono ricorrere agli appositi strumenti per far rilevare le eventuali irregolarità e ripristinare la giustizia violata.

Tuttavia, la disciplina codiciale non ha dimensione organica e completa. Si appunta prevalentemente a regolare l'attività nel momento statico e puntuale del risultato finale, che viene trasfuso nei moduli legali predefiniti secondo i caratteri tecnico-formali. Manca invece una elaborazione in senso globale e dinamico del modo di comportarsi della gerarchia nello svolgimento dell'azione amministrativa in prospettiva funzionale, vale a dire come complesso di opera-

rum. Le disposizioni *contra* o *praeter legem* risultano quindi comunque *secundum tenorem rationis*, dato che mettono più pienamente a frutto il dettato della legge, adattandolo alle circostanze del caso concreto. Su siffatta conformità elastica della causa degli atti amministrativi alla fattispecie tipica, si veda S. BERLINGÒ, *Privilegi e dispense: dibattito aperto*, in *Ephemerides iuris canonici*, XXXV (1979), 103.

⁽⁵⁰⁾ Cann. 31-95 dei Titoli III-IV del Libro I del CIC; cann. 1510-1539 del Capitolo III del Titolo XXIX del CCEO.

zioni coordinate e dirette a realizzare i fini prestabiliti. Significativa a questo proposito è l'omissione di regole generali sul procedimento di formazione degli atti, dal punto di vista sia degli adempimenti rituali, sia dei parametri sostanziali ⁽⁵¹⁾.

Benché i primi Schemi di revisione del Codice latino *De procedura administrativa* prevedessero talune cautele cui l'amministratore doveva uniformarsi per emettere l'atto (circa la raccolta di prove ed informazioni, l'audizione degli interessati, il contraddittorio, i termini di emanazione, il silenzio-rifiuto, la scala di valori da rispettare nel dispositivo, la redazione per iscritto con l'aggiunta espressa dei motivi) ⁽⁵²⁾, tali prescrizioni non sono state integralmente riprese nel testo definitivo. In parte sono state riportate nel capitolo sui decreti e precetti singolari, ma in tono più generico e meno strettamente vincolante ⁽⁵³⁾, altre sono state omesse ⁽⁵⁴⁾. Procedimenti più puntuali sono regolati in altre parti del Codice, per la realizzazione di atti determinati: rimozione e trasferimento di parroci (cann. 1740-1752), escaustrazione (686-693) e dimissione dei religiosi (694-704), scioglimento del matrimonio per inconsumazione (1697-1706) e per il privilegio paolino (1143-1147), processo di morte presunta del coniuge (1707). Alcune formalità rituali, in particolare l'audizione degli interessati o la richiesta di pareri ad organismi consultivi o a persone estranee all'amministrazione, sono pure stabilite per altri atti, ma senza una regolamentazione omogenea (si vedano ad esempio i cann. 316, § 2, 318, § 2, 320, § 3, 377, 515, 524, 1222, § 2, 1277, 1292, 1310).

⁽⁵¹⁾ Sulla necessità di una disciplina del procedimento amministrativo, si vedano A. SOUTO, *Algunas cuestiones básicas en torno a una posible ley de procedimiento administrativo (entrevista)*, in *Ius Canonicum*, XIV (1974), 14-23; P. MONETA, *Procedimento amministrativo e partecipazione dei fedeli alla funzione amministrativa*, ivi, 25-41; E. COLAGIOVANNI, *Possibilità e limiti della scienza della pubblica amministrazione nel quadro della partecipazione*, in *Monitor ecclesiasticus*, XCIX (1974), 154-172; J.P. BEAL, *Confining and Structuring Administrative Discretion*, in *The Jurist*, XLVI (1986), 70-106; P. MONETA, *La tutela dei diritti dei fedeli di fronte all'autorità amministrativa*, in *Persona y derecho. Suplemento «Fidelium Iura» de derechos y deberes fundamentales del fiel*, III (1993), 286-294.

⁽⁵²⁾ *Schema canonum de procedura administrativa*, del 1972 (cann. 4-7, *De decretis extra iudicium ferendis*), in P. VALDRINI, *Injustices et droits dans l'Église*, Strasbourg, 1985, 360-361.

⁽⁵³⁾ Cann. 50, 51, 55, 57.

⁽⁵⁴⁾ Viene tralasciato il can. 6, § 1 dello Schema in cui erano elencati i principi sostanziali che dovevano guidare l'autorità nelle decisioni.

Nel Codice dei canoni delle Chiese orientali, invece, è stata disposta una sezione apposita che raccoglie le norme comuni sulla procedura dei decreti stragiudiziali, corrispondenti sostanzialmente alle regole già indicate nei lavori preparatori del Codice latino (cann. 1517-1520).

Nel complesso, le poche disposizioni sulla procedura rinvenibili nei due Codici, risultano troppo generiche, in quanto si limitano a delineare i soli aspetti formali o a tratteggiare principi direttivi meramente teorici, che non incidono all'interno del modo specifico e concreto di svolgere l'attività. Il problema di regolare l'azione amministrativa si rivela più complesso della semplice indicazione di fattispecie legali astratte, e richiede di definire i criteri pratici e i procedimenti, non solo materiali ma anche logici, cui l'autorità deve riferirsi per valutare la situazione reale e scegliere la maniera migliore di realizzare gli interessi della comunità.

Le garanzie di giustizia della funzione amministrativa — la constatazione dedotta per lo Stato vale *a fortiori* per la Chiesa — devono essere individuate in un momento ulteriore al rapporto di forza tra fonti tipiche, cui si riduce in ultima analisi il principio di legalità, e precisamente nella dimensione intrinseca di *rationabilitas* che presiede ogni esplicazione di potere nell'ordinamento canonico. Di qui la necessità di individuare le misure idonee a ordinare la scelta creativa della discrezionalità amministrativa che, in definitiva, detta la norma per il caso concreto.

3. Legalità e discrezionalità.

Il concetto di discrezionalità amministrativa richiama la nozione di teoria generale del diritto, con cui si designa la situazione di potere che la legge regola in modo incompleto, lasciando al titolare un margine di scelta circa la soluzione migliore da adottare per raggiungere i fini prefissati dalla norma ⁽⁵⁵⁾. La discrezionalità occupa quindi una posizione dialettica tra i due poli dell'agire vincolato e dell'agire

⁽⁵⁵⁾ C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., 1098-1109; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 65-89; F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, cit., 110-128; G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 89-122; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI (1989); S. PIRAINO, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 45-58; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit., 401-418.

libero. Rispetto al primo, che viene disciplinato integralmente dalla legge e in presenza di determinati presupposti si concretizza in una sola direzione, si differenzia in quanto viene rimesso all'autorità il potere di determinare la disciplina concreta dei rapporti particolari ⁽⁵⁶⁾. Rispetto al secondo, corrispondente all'autonomia dei privati, si caratterizza per la funzionalizzazione all'interesse pubblico specifico stabilito dalla legge, per cui non ogni opzione viene considerata legittima, ma solo quella adeguata a soddisfare gli obiettivi prescritti ⁽⁵⁷⁾. La sfera di autodeterminazione può essere di maggiore o minore ampiezza ed intensità: può vertere sull'*an*, sul *quid*, sul *quomo* dell'attività, riguardare l'atto nella globalità o solo in una parte, sebbene si rilevi come di solito nessun atto sia interamente discrezionale o vincolato, ma contenga piuttosto elementi dell'uno e dell'altro tipo ⁽⁵⁸⁾. In definitiva spetta al legislatore stabilire di volta in volta la misura della discrezionalità da concedere, a seconda della natura della materia trattata.

La configurazione originaria della discrezionalità amministrativa risale al secolo scorso all'interno degli Stati c.d. di diritto amministrativo, ove, sul presupposto del principio di divisione dei poteri, era ritenuta l'ambito di valutazione e di scelta attribuito all'esclusivo dominio volitivo della pubblica amministrazione, e perciò sottratto al sindacato di tribunali estranei all'organizzazione amministrativa, se

⁽⁵⁶⁾ Presupposto indispensabile è che le disposizioni attributive della competenza non stabiliscano con precisione il comportamento necessario a realizzare lo scopo, ma lascino all'agente la libertà di ricercare i mezzi e i modi che ritiene più confacenti. Il carattere peculiare ed ineliminabile della discrezionalità sta appunto nella forza creativa della decisione, che integra le prescrizioni di legge incomplete o carenti, e detta la norma del caso singolo: « l'autorità pone, con la propria valutazione, qualcosa che prima non esisteva, attingendo il valore della soluzione in maniera autonoma dall'ordinamento » (A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 85).

⁽⁵⁷⁾ La libertà dell'amministrazione viene circoscritta alle scelte giuridicamente legittime in quanto ordinate a soddisfare gli interessi prestabiliti, ma nell'ambito di queste, che dal punto di vista della legalità sono tra loro indifferenti, perché egualmente valide, l'agente può adottare la soluzione che ritiene meglio adeguata, sotto il profilo dell'opportunità e della prudenza amministrative, a raggiungere il fine. In questo apprezzamento di valore « tra più scelte possibili » consiste la valutazione di merito, rimessa completamente all'amministrazione ed insindacabile nel giudizio di legittimità. Sul punto si vedano A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 83-84; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 47-49; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, cit., 54.

⁽⁵⁸⁾ G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., 8.

non sotto il profilo della violazione dei diritti soggettivi. Da qui è derivata la teorizzazione comune dell'incompatibilità tra discrezionalità e diritti soggettivi, per cui quando vi è l'una non esistono gli altri, e viceversa. In realtà non si tratta di un'impossibilità assoluta a concepire la coesistenza tra le due situazioni giuridiche, quanto piuttosto di una scelta positiva del legislatore, che ha fissato ai soli diritti soggettivi i limiti del controllo giurisdizionale sull'amministrazione ⁽⁵⁹⁾.

Si poneva pertanto il problema di come evitare un uso arbitrario di questa potestà, dato che le leggi non ne determinavano i contenuti precisi, ma si limitavano a circoscriverli dall'esterno. Gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza per delimitare la discrezionalità amministrativa si sono sviluppati secondo due strade o tendenze.

Dapprima si è appuntata l'attenzione sull'analisi del rapporto di dipendenza della discrezionalità dalla legge, per cercare di ridurre lo spazio di libertà lasciato all'amministrazione. Da un lato, si nega l'aspetto creativo della decisione e si accentua invece il momento intellettuale di ricostruzione e qualificazione degli elementi della fattispecie normativa, per ricondurre l'agire discrezionale all'ordinaria opera di interpretazione ed esecuzione del diritto, differenziandosi dall'attività vincolata nel minore grado di precisazione, da parte della legge, dei concetti da applicare ⁽⁶⁰⁾. Dall'altro, pur riconoscendo la facoltà di autodeterminazione dell'agente, se ne circoscrivono gli ambiti di esercizio attraverso la distinzione tra discrezionalità vera o solo apparente, a seconda che comporti effettivamente la scelta tra più soluzioni possibili o soltanto un'unica soluzione corretta in base alla traduzione delle nozioni giuridiche indeterminate dalla leg-

⁽⁵⁹⁾ Sull'inconsistenza di un simile pregiudizio, fondato sull'originaria confusione tra la questione della insindacabilità del potere discrezionale e quella, concettualmente e giuridicamente distinta, della tutelabilità delle posizioni soggettive dei cittadini nei confronti dell'autorità, si rinvia a C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., 1100; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 67-68; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit., 403.

⁽⁶⁰⁾ In questa posizione si possono ricomprendere sia la tesi della scuola pura del diritto di Vienna, che ricusa rilevanza giuridica alla figura della discrezionalità, sia quella che esclude comunque la libertà di scelta nell'attuazione delle norme vaghe o indeterminate, in quanto esisterebbe un'unica soluzione giusta, data dal modo obiettivamente migliore di realizzare l'interesse pubblico (TEZNER, *Zur Lehre von der freien Ermessen der Verwaltungsbehörden (als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte)*, Wien, 1888, 63 ss.).

ge⁽⁶¹⁾, e tra discrezionalità libera o vincolata, a seconda che la norma abbia fissato esclusivamente lo scopo mediato o anche quello immediato da seguire⁽⁶²⁾.

Successivamente, si è inteso superare la caratterizzazione in senso soggettivo della scelta discrezionale, che risultava in sostanza insindacabile⁽⁶³⁾, e porre in luce invece la struttura oggettiva dell'attività nelle componenti e caratteristiche proprie, per mettere in rilievo l'esistenza di precisi limiti, non tanto quelli estrinseci-formali posti dalla legge, quanto soprattutto quelli intrinseci-sostanziali dati dal dover essere della funzione⁽⁶⁴⁾. Tale evoluzione nella concezione della discrezionalità amministrativa rispecchia il cambiamento che è avvenuto nella maniera di intendere i rapporti tra l'autorità pubblica e i cittadini, dallo Stato liberale a quello costituzionale di diritto⁽⁶⁵⁾.

Si è passati, infatti, dall'idea autoritaristica del potere discrezionale, come fenomeno interno all'amministrazione, che lascia all'apprezzamento esclusivo dell'agente il modo di realizzare gli obiettivi prefissati, alla concezione funzionale dell'azione amministrativa, che assume rilevanza sul piano dell'ordinamento generale e vincola l'amministrazione al rispetto di regole obiettivamente verificabili in sede

(61) Nel caso di discrezionalità vera viene rimesso all'amministratore di fissare con propria valutazione soggettiva il valore di un fatto indicato in modo impreciso dalla legge, scegliendo tra soluzioni molteplici egualmente valide purché immuni da errori; nel caso di discrezionalità apparente, al contrario, la fattispecie deve essere completata con il ricorso a regole scientifiche o sociali, che sono obiettivamente vincolanti (W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 89).

(62) Nella prima ipotesi la norma concede all'agente la possibilità di optare tra più obiettivi immediati tra loro equivalenti; nella seconda, invece, la scelta è limitata ai soli mezzi più opportuni per realizzare il fine già prestabilito (R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien, 90 ss.).

(63) La tesi più estrema riduce la discrezionalità al dovere di agire « nel modo migliore per soddisfare il pubblico interesse », secondo un procedimento mentale esclusivo ed irripetibile (BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1880, 42 ss.). Tuttavia, pure le altre posizioni sopra citate finiscono per avalare un carattere meramente soggettivo del fenomeno di completamento della norma imprecisa nell'esercizio del potere discrezionale (in questo senso si veda A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit., 405).

(64) Sul carattere di doverosità oggettiva del potere discrezionale, negli aspetti sia intellettivi che volitivi, si vedano per tutti C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., 1102-1109; A. PIRAS, *Discrezionalità*, cit., 77-80.

(65) Sottolinea in particolare la storicità dell'impostazione del problema, A. PIRAS, *Discrezionalità*, cit., 66-67.

di sindacato giurisdizionale. La scelta discrezionale non si considera più di libera disposizione dell'autorità, ma viene rappresentata a guisa di giudizio, necessariamente orientato a seguire un processo decisionale, conoscitivo e valutativo, che sotto il profilo del metodo richiede l'applicazione dei comuni criteri di coerenza argomentativa, sia logica sia giuridica, mentre sotto il profilo dei contenuti deve risultare conforme alle direttive del quadro normativo e ai postulati tipici dei ministeri pubblici⁽⁶⁶⁾.

Al fine di integrare la disciplina legale e riuscire a ordinare dall'interno la discrezionalità amministrativa, si è fatto ricorso a precetti e principi direttivi che seppure non sono richiamati da disposizioni positive, corrispondono tuttavia a valori costituzionali, massime di esperienza e convinzioni sociali diffuse, tali da poter essere ritenuti parte essenziale del diritto vigente⁽⁶⁷⁾. Tali dettami possono essere fissati dalla stessa autorità amministrativa, che si autolimita nelle modalità di agire⁽⁶⁸⁾, oppure vengono formulati caso per caso dal giudice al momento del controllo. Il meccanismo di individuazione per nulla sistematico, peraltro, ha determinato il carattere elastico, frammentario ed empirico di queste regole, che si sono venute stratificando nella pratica⁽⁶⁹⁾.

Si è ritenuto inoltre non corrispondere alla realtà la visione unilaterale dell'amministrazione come esclusiva promotrice dell'interesse pubblico. Nel contesto sociale da porre a base dell'attività, l'interesse primario, che l'amministrazione deve seguire a norma di legge,

(66) Sulle diverse fasi, indicate da dottrina e giurisprudenza, in cui si scompone questo processo decisionale, si veda G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3168.

(67) Tali sono gli assiomi di buona amministrazione, parità di trattamento, buona fede, equità, correttezza, corrispondenza agli indirizzi politico-sociali, che fungono da fattori di completamento, in senso sostanziale, del principio di legalità. Sul punto si rinvia a quanto esposto supra al § 1.

(68) Se la legge non stabilisce altrimenti, l'amministrazione rimane libera di applicare i criteri che ritiene più opportuni per le proprie decisioni, ma « prima ancora di far fronte a fattispecie concrete, può determinare in via generale con proprio atto i criteri alla stregua dei quali eserciterà il potere ... ove, in sede di emanazione del provvedimento, l'autorità disattendesse i criteri da essa stessa posti ... l'atto sarebbe viziato da eccesso di potere, a meno che il suo autore non esterni le ragioni che nel caso concreto lo inducono a provvedere in difformità agli indirizzi predeterminati » (G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., 5).

(69) G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3166; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, cit., 48.

non si presenta mai isolato, ma inserito in una trama di altri interessi concorrenti, contrapposti o accedenti, anche non omogenei, di natura pubblica o privata (c.d. interessi secondari) ⁽⁷⁰⁾. Il dovere di imparzialità implica che l'autorità debba prendere in considerazione tutti questi interessi e apprezzarli in modo comparativo, così da evidenziare nei rapporti giuridici concreti quello da considerare prevalente, in quanto strumentale alla realizzazione del fine generale della funzione ⁽⁷¹⁾. L'obiettivo specifico dell'azione amministrativa, pertanto, non può essere predeterminato *a priori* in forma immutabile, ma viene precisato *a posteriori*, a conclusione di un complesso procedimento valutativo, volto a individuare, qualificare e ponderare i fatti e le esigenze determinanti per la decisione ⁽⁷²⁾. In quest'ottica, non è detto che l'interesse pubblico sia automaticamente superiore a quello privato, ma dipenderà dalla concreta configurazione nella fattispecie reale dello scopo da perseguire ⁽⁷³⁾. L'aver messo in rilievo che l'amministrazione deve tendere a curare il bene delle persone oltre che quello della comunità nel suo complesso, conduce ad una diversa considerazione delle situazioni giuridiche dei privati nei con-

⁽⁷⁰⁾ Secondo la nota impostazione di GIANNINI, ormai accolta dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, la discrezionalità consiste nella « ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario » (*Diritto amministrativo*, I, cit., 49). La diretta rilevanza attribuita agli interessi, anche privati, connessi al fine pubblico, ha condotto progressivamente all'affermazione di una concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa, che non viene tanto riconosciuta in funzione dell'impugnazione di atti illegittimi, quanto piuttosto della tutela delle situazioni giuridiche lese dall'operato dell'amministrazione. Sottolineano questa trasformazione qualitativa del sindacato di legittimità G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3171; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, cit., 53-55.

⁽⁷¹⁾ Al fine di garantire la ponderazione esaustiva degli interessi coinvolti, la giurisprudenza considera « il vincolo della completezza dell'istruttoria ed il riferimento all'insieme delle condizioni di fatto come misura della ragionevolezza delle scelte discrezionali » (G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3170).

⁽⁷²⁾ L'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione deve quindi trovare giustificazione *ex post* dalla congruenza e proporzionalità di quanto disposto con la realtà positivamente accertata e su cui il provvedimento viene ad incidere. Sul punto si vedano G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., 3170; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, cit., 76-84.

⁽⁷³⁾ S. PIRAINO, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, cit., 77-78.

fronti degli organismi pubblici, non più da ritenere interessi occasionalmente protetti, ma intenzionalmente protetti, e riconducibili alla categoria sostanziale del diritto soggettivo, come diritto ad un bene della vita, benché tutelato con un ambito meno pieno di poteri di disposizione ⁽⁷⁴⁾.

In più, l'esistenza di altri soggetti, collettivi o individuali, che rappresentano e perseguono i fini sociali oltre all'amministrazione, ha condotto a sottolineare l'importanza della loro collaborazione nello svolgimento della pubblica funzione. Ne è derivata la significativa trasformazione del ruolo del procedimento amministrativo, considerato non più solo come metodo per sottoporre l'esercizio del potere a precise norme rituali, ma altresì come il mezzo ideale per favorire la composizione delle diverse istanze e determinare la disciplina concreta dei rapporti pubblici ⁽⁷⁵⁾. A tal fine, l'attività amministrativa deve essere regolata secondo criteri non solo di efficienza, ma anche di trasparenza e di difesa delle situazioni giuridiche procedurali riconosciute agli enti rappresentanti dei vari interessi ⁽⁷⁶⁾.

La maturazione di questa nozione garantistica di discrezionalità è strettamente collegata alla progressiva estensione del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi.

⁽⁷⁴⁾ Sulla trasformazione della figura dell'interesse legittimo, da mera pretesa alla legittimità dell'attività amministrativa a situazione giuridica sostanziale preesistente all'adozione del provvedimento, si rinvia a U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., 211-212; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro Amministrativo*, LXIV (1988), II, 317-331; F.G. SCOCA, *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVII (1989), 1-13; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII (1993), 468-470; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, cit., 55.

⁽⁷⁵⁾ La partecipazione degli interessati all'iter di formazione della decisione corrisponde a esigenze di funzionalità dell'amministrazione, per una raccolta più completa e veritiera dei dati, oltre che di tutela delle posizioni sostanziali dei soggetti intervenuti. La dimensione di garanzia del procedimento viene sottolineata da U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, cit., 213-215; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, cit., 90-100; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, cit., 406-407.

⁽⁷⁶⁾ L'effettiva realizzazione della funzione di composizione degli interessi implica la configurazione di un reale contraddittorio all'interno del procedimento, mediante l'attribuzione ai soggetti estranei all'amministrazione di veri diritti di partecipazione attiva, come portatori di propri interessi, e non di semplici collaboratori strumentali all'azione amministrativa. Sul tema si veda E. PALICI DI SUNI PRAT, *I diritti al procedimento. Profili di diritto comparato*, Torino, 1994.

Il sindacato di legittimità si presentava in origine insufficiente a sanzionare gli abusi dell'amministrazione, in quanto il confronto formale con la legge si limitava all'esame dei vincoli esteriori dell'atto, mentre mancavano parametri normativi per un controllo più penetrante sull'esercizio dell'autorità. L'individuazione successiva del vizio di eccesso di potere ha permesso di ampliare il giudizio direttamente all'interno dell'attività discrezionale, prima ritenuta insindacabile, sotto il profilo della correttezza logica e giuridica del procedimento concretamente impiegato per realizzare il fine prestabilito⁽⁷⁷⁾. Rimane peraltro chiara la distinzione qualitativa rispetto al controllo di merito: l'uno consiste nella valutazione formale delle regole che incanalano l'attività in modo che corrisponda adeguatamente all'interesse pubblico; l'altro è un apprezzamento di opportunità circa la preferenza da accordare tra più scelte possibili, egualmente congruenti al fine e quindi indifferenti sotto il profilo della legittimità⁽⁷⁸⁾.

La figura dell'eccesso di potere, benché conservi la struttura fondamentale di difformità dell'atto dal fine tipico, viene progressivamente ad articolarsi in diverse forme, che riflettono in negativo i criteri regolatori dell'amministrazione nel diritto sostanziale, e permettono di ampliare il sindacato secondo una scala crescente di intensità. L'ipotesi originaria di sviamento di potere era data dalla divergenza effettiva dello scopo realmente perseguito dal

⁽⁷⁷⁾ G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, III (1980), 219-233; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amministrativo*, LXIII (1987), II, 3165-3172; F. MODUGNO, *Eccesso di potere (profili generali)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XII (1989); F. MODUGNO - M. MANETTI, *Eccesso di potere (eccesso di potere amministrativo)*, *ibidem*; E. CARDI - S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V (1990), 341-352; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1992, 242-269; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 316-323; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, cit., 37-66.

⁽⁷⁸⁾ Asseriscono la differenza di metodo tra il giudizio di eccesso di potere e quello di merito G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 227; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., 1; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 316-323; C. CALABRÒ, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, cit., 54. Sostiene invece l'omogeneità dei due controlli, in quanto entrambi consisterebbero in accertamenti di razionalità del provvedimento, benché con diversa estensione dell'indagine, C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., 1108.

l'atto con il termine stabilito dalla norma⁽⁷⁹⁾. In seguito, l'analisi della giurisprudenza⁽⁸⁰⁾ si sposta sul piano procedurale per verificare se dalle condizioni e dai fattori dell'attività decisionale svolta in concreto si possa con fondatezza dubitare che tale deviazione ci sia stata. Si delineano così le c.d. figure sintomatiche di eccesso di potere⁽⁸¹⁾, che si desumono dagli elementi contenuti nel provvedimento (difetto dei presupposti o contraddittorietà tra questi e la decisione, manifesta illogicità, mancanza incompletezza perplessità contraddittorietà della motivazione), dal procedimento di formazione dell'atto (incompletezza dell'istruttoria, non rispetto delle regole di pubblicità e di contestazione agli interessati), oppure dal confronto con parametri esterni (errore e travisamento dei fatti, disparità di trattamento, contraddittorietà con altro provvedimento assunto in precedenza, difformità immotivata da criteri di massima o norme interne dell'amministrazione), fino a delineare la formula onnicomprensiva di manifesta ingiustizia, che viene usata spesso in connessione con le altre figure⁽⁸²⁾.

Il graduale potenziamento del sindacato ha segnato in conclusione il perfezionamento della concezione dell'eccesso di potere da vizio dell'atto, nella veste formale, a « vizio della funzione », nel suo farsi dinamico⁽⁸³⁾, ed ha ampliato i criteri di valutazione della legittimità,

⁽⁷⁹⁾ La prima configurazione di questa nozione risale all'elaborazione del *Conseil d'État* francese nel secolo scorso, che ha progressivamente ampliato il primitivo vizio di straripamento di potere, nel senso di difetto di attribuzioni o competenza, per estenderlo a ricomprendere anche i vizi teleologici dell'atto discrezionale (*détournement de pouvoir*), rispetto al fine espressamente o implicitamente indicato dalla norma. Per un'analisi approfondita dello sviluppo storico e comparato, si rinvia a G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 221-229.

⁽⁸⁰⁾ L'analisi viene svolta con particolare riferimento all'ordinamento italiano.

⁽⁸¹⁾ Si tratta di locuzioni empiriche con cui la giurisprudenza ha catalogato per tipologie le situazioni di fatto su cui si è pronunciata. Si sottolinea come nello sviluppo successivo le formulazioni terminologiche non siano mutate sotto l'aspetto formale, mentre hanno approfondito la potenzialità di sindacato con il farsi più penetrante dell'indagine giudiziaria, sino ad investire l'attività amministrativa nella sua globalità (G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 225).

⁽⁸²⁾ Per un esame analitico delle pronunce, si rinvia a G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 227-229; F. MODUGNO - M. MANETTI, *Eccesso di potere (eccesso di potere amministrativo)*, cit., 6-11.

⁽⁸³⁾ Di contro alle tesi che definivano l'eccesso di potere come vizio di un elemento dell'atto (della volontà, della causa o dei motivi), la posizione attualmente più accreditata evidenzia come sia la funzione nel suo complesso a non essere stata esercitata secondo lo schema normativo (F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministra-*

dal confronto esterno con la legge alla conformità interna a regole deontologiche desunte *praeter legem*, che si possono ricondurre ad un principio di generale ragionevolezza. In questa prospettiva, appare significativa la convergenza nel metodo di controllo giudiziale da parte dei sistemi di diversi Paesi, sia di diritto amministrativo sia di *common law*, che richiedono all'amministrazione, al di là del rispetto ufficiale della legge, la sostanziale congruenza con un ideale superiore di giustizia. Si veda, ad esempio, il criterio di *proportionnalité* nel ricorso *pour excès de pouvoir* in Francia⁽⁸⁴⁾, o quello di *reasonableness* del *judicial review* in Gran Bretagna⁽⁸⁵⁾, ovvero di *adequate consideration* negli Stati Uniti⁽⁸⁶⁾.

Una limitazione all'incisività del giudizio sull'eccesso di potere deriva tuttavia dal carattere formalistico che lo contraddistingue rispetto all'esame di merito, essendo volto a garantire l'osservanza delle regole del gioco, piuttosto che la bontà del risultato. La scelta invece dell'obiettivo specifico da seguire e del mezzo più adeguato a raggiungerlo viene rimessa all'apprezzamento di opportunità dell'amministrazione, con valore irripetibile da parte del giudice. In questa decisione consiste il momento creativo ineliminabile della discrezionalità amministrativa.

tivo per vizio della funzione, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 1). Secondo questa impostazione, le figure sintomatiche non sono più considerate sintomi di accertamento presuntivo di vizi dell'atto, ma figure autonome di violazione di principi deontologici per il corretto svolgimento dell'attività e, quindi, come cause estrinseche di invalidità del provvedimento successivamente emanato. In senso conforme si vedano G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, cit., 226; M.S. GIANINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 319; F. MODUGNO - M. MANETTI, *Eccesso di potere (eccesso di potere amministrativo)*, cit., 5.

⁽⁸⁴⁾ C. DEBBASCH - J.C. RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, 1990⁵, 726 ss.; J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, 1990³, 296 ss.; G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VII (1991), 580-586; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 36-42.

⁽⁸⁵⁾ W. WADE - H. RAGNEMALM - P.L. STRAUSS, *Administrative Law. The Problem of Justice*, I, *Anglo-American and Nordic Systems*, a cura di A. PIRAS, Milano, 1991, 113-192; G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, cit., 600-605; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 80-87; R. CARANTA, *Judicial Review*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX (1994), 53-64.

⁽⁸⁶⁾ J.P. BEAL, *Confining and Structuring Administrative Discretion*, in *The Jurist*, XLVI (1986), 70-106; W. WADE - H. RAGNEMALM - P.L. STRAUSS, *Administrative Law. The Problem of Justice*, cit., 740-811; G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, cit., 605-610; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 109-120.

4. Giustizia e grazia.

In confronto all'esperienza giuridica statuale, nell'ordinamento canonico sembra sopravvivere ancora un'idea paternalistica ed autoritaria del potere amministrativo⁽⁸⁷⁾, quale ambito decisionale esclusivo ed insindacabile della gerarchia circa i modi di soddisfare i bisogni della comunità. Di fronte alla discrezionalità amministrativa i fedeli non possono rivendicare diritti o pretese, ma ricevono i mezzi necessari alla vita di fede come benevola elargizione da parte dell'autorità, cui sola spetta di stabilire in cosa consista il loro bene.

Appare significativa di questa visione la resistenza dimostrata dalla giurisprudenza della *Sectio Altera* della Segnatura Apostolica a dichiarare invalidi per abusi *in decernendo* gli atti amministrativi discrezionali. In merito si riscontrano pronunce contrastanti. A fronte di una decisione che ha affermato l'assoluta non suscettibilità di impugnazione degli atti discrezionali in quanto tali⁽⁸⁸⁾, una sentenza successiva ha sostenuto invece la necessità di valutare la correttezza dei provvedimenti amministrativi secondo parametri di equità ulteriori alla sola conformità formale alla legge⁽⁸⁹⁾. Le pronunce più recenti, tuttavia, paiono propendere per una posizione maggiormente restrittiva. Alcune, infatti, negano fondamento legale ai ricorsi contro gli atti discrezionali, dato che dagli stessi non possono derivare ai destinatari *gravamina* giuridicamente rilevanti, e pertanto gli eventuali abusi possono essere oggetto solo di mere denunce all'autorità superiore⁽⁹⁰⁾. Altre, invece, pur riconoscendo la possibilità di

⁽⁸⁷⁾ Questa constatazione è svolta anche da S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 150.

⁽⁸⁸⁾ Prot. n. 4262/73 C.A. (*Iurium*), citata da G. LOBINA, *Rassegna di giurisprudenza della Sectio Altera del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica* (1968-1973), in *Monitor ecclesiasticus*, XCVIII (1973), 305-306. Con decisione del 31 agosto 1973 il Congresso non ha ammesso il ricorso *ad disceptationem* « *utpote manifeste carentem fundamento* ».

⁽⁸⁹⁾ Prot. n. 6508/75 C.A. (*Iurium*), riportata da P.V. PINTO, *La giustizia amministrativa della Chiesa*, Milano, 1977, 327-339. Nella decisione del 26 giugno 1976 del Collegio giudicante, si legge: « *Etsi percipi non possit legis violatio in emanatione ipsius decreti, ...non est ambigendum decretum, iam de se severum, vere iniquum factum fuisse per actus quibus ad executionem deductum fuit* » (loc. cit., 330). Peraltro, il dispositivo non annulla il provvedimento della Congregazione, ma solo gli atti successivi che l'hanno mandato ad esecuzione, per violazioni di diritto « *sive in procedendo sive in decernendo* ».

⁽⁹⁰⁾ « *Sedulo distinguendus est recursus, qui effectus iuridicos parit, a recursu lato sensu accepto quod fideles auctoritatem ecclesiasticam certiorum faciunt de abusibus ab*

sindacato su questo tipo di provvedimenti, non ritengono di dover estendere il giudizio ai profili di ragionevolezza sostanziale in aggiunta al controllo della violazione formale delle norme positive⁽⁹¹⁾. È evidente che l'astensione dal controllo dei contenuti della decisione dal punto di vista non tanto del merito, quanto della correttezza logica e giuridica, limiti gravemente la tutela dei singoli nei confronti dell'amministrazione, giacché un atto, eventualmente annullato dal Supremo Tribunale per vizi *in procedendo*, potrà essere nuovamente emesso dall'organo competente, sanati i difetti di forma, inalterato nel dispositivo.

In realtà, non pare incompatibile con il diritto della Chiesa l'applicazione dei criteri impiegati nei sistemi secolari per regolare dall'interno l'uso del potere discrezionale, poiché si tratta di strumenti di teoria generale che corrispondono alla *recta ratio naturae congruens*⁽⁹²⁾ e possono essere adoperati per migliorare la giustizia nei rapporti ecclesiali, sebbene debbano essere adeguati alle finalità specifiche dell'istituzione salvifica.

Si è già sottolineato come nel concetto di *munus* ecclesiale sia insita una dimensione di intrinseca doverosità, in dipendenza dal mandato divino di provvedere al servizio del Popolo di Dio⁽⁹³⁾. In forza di questo carattere diaconale, colui che è titolare di potestà

inferiori auctoritate forte patris. Huiusmodi interventus denuntiatio potius appellari potest et nullis condicionibus ex parte recurrentis subiacet » (Prot. n. 17447/85 C.A. (*Demolitionis ecclesiae*), decreto del 21 novembre 1987, *coram* Castillo Lara, in *Il diritto ecclesiastico*, C (1989), II, 7). Questo indirizzo viene seguito anche nelle cause prot. n. 17914/86 C.A. (*Demolitionis ecclesiae*), decreto definitivo del 22 maggio 1988, *coram* Rossi; prot. n. 21896/90 C.A. (*Suppressionis paroeciae*), decreto del Congresso di rigetto a *limine* del 25 gennaio 1991. Per la questione riguardante la configurabilità di diritti comunitari dei fedeli da far valere nei confronti di simili provvedimenti, si rinvia a I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere uti fidelis per la tutela dei diritti comunitari*, in AA.VV., *Diritto 'per valori' e ordinamento costituzionale della chiesa*, Atti delle giornate canonistiche di studio, Venezia 6-7 giugno 1994, Torino, 1996, 399-450.

⁽⁹¹⁾ Prot. n. 221883/90 C.A. (*Suppressionis paroeciae*), sentenza definitiva del 16 gennaio 1993, *coram* Fagiolo. La decisione non dichiara violazioni *in discernendo*, benché abbia riscontrato l'inadeguatezza delle motivazioni a sostegno del provvedimento e una certa confusione nel modo di procedere dell'autorità.

⁽⁹²⁾ CICERONE, *De Republica*, III, 22, richiamato da PAOLO VI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 28 gennaio 1971, in F. BERSINI, *I discorsi del Papa alla Rota*, Città del Vaticano, 1986, 101.

⁽⁹³⁾ Ad imitazione di Cristo Buon Pastore (Mt 20, 28; Mc 10, 45; Lc 22, 27). CONCILIO VATICANO II, Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, nn. 18, 24 e 27; Decreto sull'ufficio pastorale dei Vescovi nella Chiesa *Christus Dominus*, n. 16.

pubbliche non è un *dominus* arbitrario dei mezzi di grazia, ma piuttosto un *fidelis dispensator* di un patrimonio di salvezza donato da Dio alla Chiesa e di cui sono beneficiari tutti i fedeli⁽⁹⁴⁾. L'ordine deontologico della missione richiede pertanto che venga svolta secondo regole oggettive, che derivano sia dalla natura della materia trattata e dalla condizione dei destinatari, sia dalla logica della ragione umana che deve informare ogni attività giuridica. Il rispetto di questi principi garantisce non solo la giustizia della funzione amministrativa, ma rimuove altresì dall'opinione della comunità qualsiasi sospetto di un uso arbitrario del potere, come auspicavano gli stessi Principi direttivi della riforma del Codice⁽⁹⁵⁾.

Il fine salvifico e la necessità di applicare il diritto secondo equità non lasciano la gerarchia più libera di agire a propria discrezione, ma anzi la rendono maggiormente responsabile a provvedere nel modo migliore e più adeguato alle esigenze materiali e spirituali dei fedeli. Risulta pertanto più strettamente vincolata all'uso corretto delle virtù morali di prudenza e saggezza, che le permettono di ascoltare, comprendere e discernere la realtà, e soccorsa dalle virtù soprannaturali di carità e misericordia che l'aiutano ad agire in conformità al disegno divino, secondo il carattere pastorale del suo ministero⁽⁹⁶⁾.

Di conseguenza, l'attività discrezionale non dovrebbe essere considerata di natura « graziosa », motivata soltanto dalla volontà di colui che l'amministra e non piuttosto dal diritto di chi la riceve. Come tutte le espressioni della funzione di governo, bisogna che si svolga secondo la dinamica della giustizia distributiva, che vuole la proporzione ontologica tra l'oggetto da gestire e la dignità della per-

⁽⁹⁴⁾ Secondo il monito evangelico di Lc 12, 42. Sul carattere diaconale dei *munera* ecclesiali, si veda S. BERLINGÒ, *Dal « mistero » al « ministero »: l'ufficio ecclesiastico*, in *Ius Ecclesiae*, V (1993), 91-106.

⁽⁹⁵⁾ Secondo l'espressione letterale dei *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*: « *quaelibet arbitrarie suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanesca* » (n. 7, in *Communicationes*, cit., 83). A tal fine si sottolinea come non basti assicurare la correttezza della decisione finale, ma sia importante garantire un modo giusto per la stessa formazione del provvedimento, affinché la sua bontà possa essere riconosciuta ed accolta dalle persone interessate (J.P. BEAL, *Confining and Structuring Administrative Discretion*, cit., 72-74).

⁽⁹⁶⁾ « *Codex non tantum iustitiam sed etiam sapientem aequitatem colat, quae fructus est benignitatis et caritatis, ad quas virtutes exercendas Codex discretionem atque scientiam Pastorum et iudicum excitare satagat* » (*Principia quae Codicis...*, cit., n. 3, 79).

sona del destinatario⁽⁹⁷⁾. I fedeli possono quindi essere titolari nei confronti della gerarchia di veri diritti soggettivi, direttamente riconosciuti e tutelati dall'ordinamento, non solo di carattere procedurale, per chiedere l'emanazione di un provvedimento, ma pure sostanziale, per ottenerlo, se corrisponde ad una loro legittima pretesa e sussistano i presupposti oggettivi adeguati a giustificarlo⁽⁹⁸⁾.

Si sottolinea così il mutamento del concetto di grazia, rispetto all'impostazione tradizionale⁽⁹⁹⁾. Pure l'atto di concessione di un beneficio singolare a favore di determinati individui è caratterizzato da un'intima struttura di doverosità giuridica, data dalla subordinazione alle regole oggettive desunte dalle fonti superiori di diritto, dal *ius naturale vigens*, dal principio di parità di trattamento in presenza delle medesime condizioni, e da quello di ragionevolezza, che richiede l'esistenza di una giusta causa, come risultato del bilanciamento tra gli interessi che spingono ad emanarlo e gli effetti che conseguono dall'atto⁽¹⁰⁰⁾.

Nella stessa materia sacramentale si riconosce ai fedeli, che abbiano i requisiti necessari, il possesso di veri diritti a ricevere i mezzi di grazia⁽¹⁰¹⁾. Difatti, se l'elargizione di questi doni costituisce un

(97) Mentre nella giustizia commutativa il creditore ha diritto a ricevere l'equivalente della prestazione o del risarcimento del danno (corrispondenza aritmetica « *rei ad rem* »), nella giustizia legale e distributiva l'utente ha diritto a ricevere la quota del bene comune adeguata alle proprie condizioni o al proprio merito (corrispondenza geometrica « *rei ad personam* ») (S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, II-II, qu. 61, a. 2). Sul tema si veda J. PIEPER, *Sulla giustizia*, Brescia, 1975³, 70-104.

(98) Nei confronti degli atti discrezionali della gerarchia riconoscono l'esistenza di situazioni giuridiche attive dei destinatari, peraltro solo di natura strumentale, come garanzie procedurali a chiedere il provvedimento, a ottenere una risposta (a prescindere dal possibile contenuto) e a ricorrere contro l'eventuale diniego: S. BERLINGÒ, *La diversa natura delle procedure speciali*, in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, 20-23; R. BURKE, *La grazia pontificia e la sua natura*, *ivi*, 137; J. CANOSA, *La concessione di grazie attraverso i rescritti*, in *Ius Ecclesiae*, VI (1994), 255-256.

(99) La necessità di superare l'idea paternalistica nella concessione dei benefici era già stata evidenziata dalla discussione avvenuta nell'ambito del *coetus* incaricato della revisione delle Norme generali del Codice (*Sessio II*, in *Communicationes*, XVII (1985), 51-52; *Sessio XII*, in *Communicationes*, XXII (1990), 292).

(100) La dimensione di giustizia nelle attribuzioni di benefici viene affermata pure da S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, cit., 153; J. CANOSA, *La concessione di grazie attraverso i rescritti*, cit., 240-241.

(101) E. MOLANO, *Dimensiones jurídicas de los sacramentos*, in AA.VV., *Sacramentalidad de la Iglesia y sacramentos*, Pamplona, 1983, 513-522; C.J. ERRAZURIZ, *Intorno ai rapporti tra sacramenti e diritto della Chiesa*, in *Il diritto ecclesiastico*, XCIX

atto libero da parte di Dio, da parte dei Suoi ministri, invece, corrisponde ad uno stretto dovere di giustizia porre in essere il comportamento valido a dispensare la realtà di salvezza già operata da Cristo⁽¹⁰²⁾.

La congruenza dell'attività amministrativa ai valori ecclesiali, inoltre, deve essere garantita non solo nel risultato finale, ma nello stesso metodo di trattazione, secondo i principi di accuratezza dell'indagine, valutazione degli interessi coinvolti, trasparenza delle motivazioni, pubblicità e apertura al dialogo con i fedeli. In particolare, il coinvolgimento attivo dei destinatari nelle scelte della gerarchia risulta consentaneo sia alla costitutiva partecipazione dei fedeli al *munus regendi*⁽¹⁰³⁾, sia al fine supremo dell'amministrazione, volto a realizzare concretamente il mistero di comunione salvifica nei rapporti pubblici intraecclesiali. Si evidenzia quindi l'esigenza di predisporre un'adeguata disciplina del procedimento di formazione delle decisioni, che sia aperto all'intervento di quanti si sentano toccati dall'argomento e diventi così il luogo ideale per la raccolta dei dati, il confronto e la composizione tra le istanze pubbliche e private, la verifica della fruttuosità delle soluzioni e della loro rispondenza agli effettivi bisogni della comunità⁽¹⁰⁴⁾.

In conclusione si può rilevare come non basti la sola osservanza del principio formale di legalità ad assicurare la giustizia nell'amministrazione, se ad essa non si accompagni anche il rispetto di quei valori sostanziali, divini e umani, che guidano il pellegrinaggio terreno della Chiesa verso la perfezione dell'*éskaton* finale.

(1988), 415-433; T. RINCÓN PEREZ, *Derecho administrativo y relaciones de justicia en la administración de los sacramentos*, in *Ius Canonicum*, XXVIII (1988), 59-84; P.A. BONNET, *Sacramenti*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII (1991).

(102) I diritti dei fedeli nei confronti dei ministri dei sacramenti sono riconosciuti dal CIC ai cann. 213 e 843, § 1; dal CCEO al can. 16.

(103) Can. 204, § 1 CIC; can. 7, §1 CCEO.

(104) In tal modo si viene a dare attuazione anche ai diritti dei fedeli di esprimere ai Pastori le loro esigenze e di manifestare il proprio pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa, ai sensi del can. 212, §§ 2-3 CIC; can. 15, §§ 2-3 CCEO.